

Universidad de Cienfuegos “Carlos Rafael Rodríguez”.

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas.

Universalización de la Educación Superior



AUTOR: Wilfredo Javier Gerardo.

CURSO 2008-2009.

PENSAMIENTO

... La verdad es que da vergüenza ver algo y no aprenderlo, y el hombre no ha de descansar hasta que no aprenda todo lo que ve”

José Ma

RESUMEN

La potestad punitiva del Estado se va a concretar, como la facultad de crear normas penales, definiendo como delitos a las conductas que atentan contra los valores fundamentales de la sociedad, que reside en los parlamentos y la aplicación de dichas normas que corresponde a los jueces y tribunales, estructurados conforme a lo regulado en la Constitución y las leyes de cada país.

Esta estrecha vinculación entre la definición de los valores fundamentales que el Estado tiene el deber constitucional de proteger a través del Derecho penal, ha llevado a algunos autores a definir al "Derecho penal, como aquella parte del Derecho constitucional que se encarga de tutelar los valores fundamentales definidos en la Constitución.

No cabe la menor duda de que el principio de Legalidad, es pilar en el Derecho penal y su consagración en las constituciones y leyes es fundamental a los fines de la búsqueda de un verdadero Estado de Derecho, protector y garantista de los Derechos de los ciudadanos, por lo que, cada sociedad adopta las medidas necesarias para que tengan una adecuada expresión y consagración, aspecto éste que analizaremos en las Constituciones y Leyes de Iberoamérica, a fin de constatar la afirmación antes señalada y en los casos necesarios realizar las valoraciones que consideremos oportunas.

INDICE

Introducción	1
	3
Capitulo I: Principios generales que rigen el Proceso Penal. El principio de legalidad.	4
1.1. Consideraciones generales sobre los principios del proceso penal	4
1.2. Principios del Proceso Penal	4
1.2.1 Principios relativos a la estructura del proceso	4
1.2.2. Principios relativos al objeto del proceso	5
1.2.3 Principios relativos a la introducción de los hechos	8
1.2.4. Principios relativos a la valoración de las pruebas	8
1.2.5. Principios relativos al régimen de los recursos	9
1.2.6. Principios del procedimiento	9
	9
1.3 Análisis del principio de legalidad en su formación.	
1.4 El principio de Legalidad en las Constituciones de Iberoamérica.	10
Capitulo II: El principio de legalidad en la legislación cubana.	14
2.1. La Legislación cubana	14
2.2. El principio de legalidad y la pena	15
2.3 La enseñanza de la realidad	17
2.4. Relación del principio de legalidad y el principio de oportunidad	17
Conclusiones	18

INTRODUCCION

La Ley Penal describe en abstracto una conducta como punible y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Su actuación práctica requiere un procedimiento mediante el cual, frente a la hipótesis de que se ha incurrido en esa conducta se procure establecer si en verdad ha ocurrido, para dar paso a la aplicación de la sanción prevista al responsable. Sobre el punto se presentan, teóricamente, las alternativas posibles. O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo tiene que darse en todos los casos en que exista la hipótesis de la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía, esta circunstancia se denomina Legalidad

El principio de legalidad se asimila con la visión del delito como infracción (que requiere control estatal coactivo directo) y con las teorías absolutas sobre la pena (retribución, mal por mal).

Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados de un lado por el derecho de penar que ejercita el Ministerio Público y de otro por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa.

Es importante señalar que en el cumplimiento del principio de legalidad se sigue dos aspectos importante, uno es que la pena se impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

Con el presente trabajo nos proponemos realizar un estudio del principio de legalidad aplicado a nuestra legislación penal y su forma de manifestación en el proceso penal y en el derecho penal propiamente, de ahí que el **problema científico** esté definido de la siguiente manera: tiene el Principio de Legalidad en el Derecho Penal una correcta aplicabilidad.

Como objetivos nos hemos propuestos:

- Realizar una valoración general de los distintos principios que rigen el proceso penal.
- Realizar un estudio del principio de legalidad en la legislación cubana.

- Realizar un estudio de cómo es visto el principio de legalidad en distintos países de Iberoamérica.
- Realizar un análisis de los vínculos existentes entre el principio de legalidad y oportunidad en el Proceso Penal cubano.

El presente trabajo se divide en dos capítulos en uno primero realizamos un análisis de los principios que rigen en el proceso penal de forma general y en específico abordamos el principio de legalidad y cómo es visto el mismo en los distintos países de Iberoamérica y en un segundo capítulo abordamos ya el principio de legalidad en la legislación cubana, su relación con el principio de oportunidad, las conclusiones al trabajo y la bibliografía consultada.

Para el desarrollo de la Investigación se utilizó primeramente el método histórico dialéctico para el análisis de los principios generales del derecho penal. Se utilizó además, el método análisis de documentos consistentes en el estudio y enjuiciamiento de las diferentes obras científicas que constituyen la doctrina más actualizada dentro del Derecho Positivo.

Se incluyó para el estudio el método exegético, con el fin de realizar el estudio detallado de las normas que contienen el principio de legalidad, con el método jurídico comparativo.

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN EL PROCESO PENAL. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

1.1. Consideraciones generales sobre los principios del proceso penal.

Desde el punto de vista práctico los principios que informan el proceso penal se presentan unas veces como postulados axiológicos sobre los que debe estructurarse el proceso (igualdad, búsqueda de la verdad material), otras como exigencias impuestas al juzgador y a las partes, los que luego se patentizan en garantías procesales (derecho a la defensa) y en ocasiones como parámetros estructurales que deben ser tenidos en cuenta al momento de hacer el diseño legislativo del tipo de proceso que se regulará (oralidad, publicidad).

Desde el punto de vista doctrinal lo que ocurre muchas veces, en correspondencia con el criterio de cada autor, es que los principios se ligan, mezclándose unos con otros y éstos con derechos y garantías, de forma tal que en ocasiones resulta difícil identificar si de lo que se está hablando es de un principio procesal o de una garantía reconocida en el ordenamiento como derecho del acusado.

Es necesario destacar que la sistematización de los principios del proceso penal tiene una manifestación histórica progresiva, de forma tal que en la medida en que la sociedad avanzaba y el hombre iba ganando una mejor y más solvente posición frente a los poderes públicos, se iba produciendo una plasmación positiva de garantías y derechos en los ordenamientos procesales.

Un momento particularmente importante en este proceso de universalización de los principios del proceso penal lo juegan su plasmación progresiva en instrumentos internacionales, los que sirven para guiar a los Estados en la organización de sus legislaciones procesales, fenómeno que se enmarca históricamente con posterioridad a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, con el surgimiento del sistema de las Naciones Unidas y la conformación de sus principales instrumentos programáticos.

1.2. Principios del Proceso Penal

La distinción entre principios del proceso y del procedimiento parte de la diferenciación entre ambas categorías procesales, en virtud de la cual el proceso

se presenta como el conjunto de actos del tribunal y de las partes encaminados a la realización del Derecho, mediante el cual se desentraña el objeto del proceso y se arriba a una conclusión consecuente con lo que se ha juzgado y el que se estructura a partir de principios que sin ser esencialmente políticos son una derivación directa de ellos; mientras que el procedimiento se presenta como el conjunto de actos externos y de actuación, vistos en su aspecto estrictamente formal y en el cual los principios que lo rigen son esencialmente técnicos-configurativos.

1.2.1 Principios relativos a la estructura del proceso.

La primera de las subclasificaciones de estos principios es aquella que tiene que ver con los relativos a la estructura propiamente dicha del proceso penal y son los que tienen una mayor vinculación con los principios políticos, pues constituyen una derivación directa de aquellos.

Dentro de esta clasificación se incluyen dos principios que están íntimamente relacionados, de forma tal que en ocasiones se confunden y en otros casos se ve uno como derivación del otro; nos referimos a los principios de contradicción y de igualdad.

Principio de contradicción

Este principio está ubicado en la misma antesala de todo el proceso penal, pues mediante él es que se garantiza que el debate se presente como una verdadera contienda entre partes. En lo que al acusado respecta este principio se presenta como la obligación constitucionalmente reconocida de que nadie puede ser condenado si previamente no ha tenido la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, lo cual abre para el acusado lo que se conoce como derecho a resistir la imputación.

Principio de igualdad

Este principio es una derivación hacia el proceso penal de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, lo que se manifiesta en casi todos los ordenamientos constitucionales como un derecho fundamental; desde el punto de vista procesal el principio de igualdad está estrechamente vinculado con el de contradicción, de forma tal que debemos ver la contradicción como una manifestación de aquel postulado básico, pues lo que condiciona que exista la bilateralidad mencionada es precisamente la previa aceptación de un presupuesto de igualdad entre los que intervienen en el debate penal.

1.2.2. Principios relativos al objeto del proceso

En este bloque de principios relativos a la delimitación procesal, se presentan cuatro principios que están estrechamente relacionados y que se conciben como pares excluyentes o por lo menos enfrentados; de una parte está el binomio legalidad-oportunidad y de la otra el inquisitivo-acusatorio.

Principio de legalidad

El principio de legalidad, conocido también como principio de necesidad, se basa esencialmente en la obligación que le viene impuesta al Estado de perseguir toda aquella conducta que revista características de delito según los elementos de tipicidad contenidos en la legislación penal vigente, de forma tal que no es dable dejar a la voluntad de ninguna institución o individuo los criterios de persecución, sino que ésta debe operar con carácter automático. Mientras exista la norma penal que considere como delito una determinada acción u omisión, el órgano represivo está en la obligación de perseguirlo; obligación que se extiende hasta el final del proceso, pues una vez iniciada la investigación y conocimiento de un hecho presumiblemente delictivo, ninguna autoridad está facultada para paralizar discrecionalmente el cauce procesal del asunto.

El principio de legalidad está estrechamente ligado con el de igualdad, pues bajo la vigencia del segundo resulta imposible entrar en discriminación hacia los individuos, de forma tal que las conductas de uno sean perseguidas y las de otros no.

En el derecho penal no existe una relación jurídica material y que por ello no se puede hablar de derechos subjetivos penales en manos de alguien en específico. En correspondencia con lo anterior el Ministerio Fiscal que se presenta generalmente como el único con posibilidades de ejercer la acción penal, no puede hacer uso de ese derecho de manera discrecional, pues estaría incorporando desbalances sociales ante la imposibilidad del perjudicado de asumir la persecución penal. Esto introduce un razonamiento adicional y es la conveniencia, cada vez más en evidencia, de permitir la presencia en el proceso penal de las víctimas de la acción delictiva, legitimándolas para poder instar la incoación del proceso, sin que ello implique necesariamente separarse del principio de legalidad como factor dominante de la actuación del Ministerio Público, sino precisamente como un refuerzo al mismo.

En el proceso penal cubano rige de forma absoluta el principio de legalidad a pesar de que no existe en la Ley un precepto que así lo disponga de forma categórica; si se quisiera buscar una respuesta normativa habría que jugar con la interpretación de los artículos que regulan la tramitación de la fase preparatoria, donde se van estableciendo las obligaciones del Instructor de la Policía en la investigación de los hechos y de la Fiscalía en el control de la legalidad de las actuaciones de estos funcionarios. Ejemplo de ello lo encontramos en los artículos 119 al 124, donde se regula el modo de actuar al tener conocimiento de un hecho delictivo y donde se regula la obligación de la Policía de iniciar investigación cuando tenga conocimiento, por cualquier vía, de la ocurrencia de un hecho que revista características de delito. Un elemento que demuestra de forma categórica la falta de disponibilidad que tiene la Fiscalía del destino del proceso está en el trámite del sobreseimiento, regulado en los artículos 264 y siguientes de la LPP, mediante los cuales se establecen taxativamente las causas por las cuales la Fiscalía podrá solicitar el sobreseimiento de la investigación y que sólo son que el hecho investigado no sea constitutivo de delito o que la persona acusada aparezca exenta de responsabilidad; con independencia de la reglamentación de estas causas de archivo de las actuaciones, la decisión no la puede tomar libremente el Fiscal, sino que requiere de la aprobación del Tribunal, lo cual evidencia la sujeción de la Fiscalía al principio que estamos estudiando.

La modificación realizada al artículo 8 del Código Penal, en virtud de la reforma introducida por el Decreto Ley No.175 de 17 de junio de 1997, significó apartarse del imperio absoluto del principio de legalidad en el ordenamiento penal cubano, pues se le conceden facultades a la autoridad que investiga el delito para suspender las actuaciones e imponer una multa administrativa cuando aprecie que el hecho investigado reviste un poco peligrosidad social, lo cual está en dependencia tanto de las condiciones personales del infractor como de las características y escasas consecuencias del suceso delictivo. Teniendo en cuenta los presupuestos que impone la propia Ley para que se pueda adoptar la decisión pudiéramos estar en presencia de lo que se conoce como oportunidad reglada, concepto que trataremos en el apartado siguiente.

En el caso del CPP se perfila como principio general el de Legalidad, identificado en el artículo 21 bajo la denominación de Obligatoriedad; en este artículo se dispone que la Fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos que sea procedente.

En el propio artículo 21, el CPP da cobertura a la posible aplicación de criterios de oportunidad y establece los requisitos que deben darse para que pueda hacerse uso de esta facultad que el Código concentra de forma exclusiva en manos del Ministerio Público, en lo referente a su solicitud y a los jueces instructores en cuanto a su decisión.

Cuando en el acápite subsiguiente comentemos el principio de oportunidad valoraremos la relación que en el CPP se presenta en cuanto a la combinación de dicho principio con el de legalidad.

Se ha conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos (generalmente la Policía o el Ministerio Público Fiscal) que frente a la comisión de un hecho delictivo (de acción pública) se presenta ante los órganos jurisdiccionales reclamando) la investigación, el juzgamiento y si corresponde el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.

Esta reacción oficial, en cuanto exterioriza la pretensión punitiva del estado, se conoce como acción penal en sentido sustancial, lo que los procesalistas llaman pretensión penal en cuanto poder de presentada (canalizada) ante órganos jurisdiccionales, que resolverán si están dadas las condiciones para la aplicación de la pena.

Principio de oportunidad

La oportunidad se presenta como la antítesis del principio antes estudiado, de forma tal que en un ordenamiento que esté informado por el principio de oportunidad la autoridad estatal a cargo de la persecución penal tiene facultades para disponer o no el inicio de investigaciones ante el conocimiento de un hecho que esté tipificado en la Ley penal como delito, pudiendo igualmente decidir sobre el destino de las investigaciones que se encuentre en curso; en correspondencia con la amplitud de sus facultades discrecionales es que puede hablarse de oportunidad en sentido estricto o de oportunidad reglada.

Principio inquisitivo

Los principios inquisitivo y acusatorio definen lo que se conoce en la teoría del proceso como la forma de enjuiciar; en tal sentido la presencia en un ordenamiento de signos de uno u otro es lo que define el tipo de sistema seleccionado para la aplicación del Derecho penal.

Principio acusatorio

Como expresamos anteriormente, la forma acusatoria de enjuiciar es la primera que surge en el tiempo. El castigo era originalmente un derecho del ofendido o de su grupo, por lo que la sociedad logra una primera victoria cuando, reprimiendo el instinto de venganza de los particulares, obliga al que ha sufrido la injuria a guardar ciertas formas y plazos en el ejercicio de su derecho. Así nace el proceso, como un combate simulado de lo que ha sido antes un combate efectivo, con presencia de partes, de un tribunal popular encargado de aplicar el Derecho y con un castigo público.

1.2.3 Principios relativos a la introducción de los hechos

La introducción de los hechos que serán la base del debate penal y que en correspondencia con lo analizado en los acápite anteriores constituyen el objeto del proceso, pasa aquí por la determinación de quien tiene la responsabilidad y también la posibilidad de aportar los elementos de prueba encaminados a demostrar la ocurrencia de dichos hechos. El dilema se nos presenta bajo un binomio dialécticamente relacionado y que se denomina aportación-investigación. Estamos en presencia del principio de aportación si se reconoce que es a las partes a las que únicamente le corresponde la posibilidad de aportar los medios de prueba para demostrar los hechos; por el contrario, la posibilidad de que la autoridad intervenga en el proceso de prueba, con facultades para incorporar aquellas que considere convenientes, evidencia la presencia del principio de investigación.

La LPP coloca en su antesala la consagración de este principio exigiendo en su artículo 1 que Todo delito debe ser probado independientemente del testimonio del acusado, de su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. En correspondencia, la sola declaración de las personas expresadas no dispensará de la obligación de practicar las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos; a lo que debemos agregar que es una obligación que necesariamente le viene impuesta a la parte responsabilizada con la acusación.

1.2.4. Principios relativos a la valoración de las pruebas

Este principio es el que sigue en el desarrollo del proceso probatorio, pues una vez determinado el objeto del proceso y definido quien tiene la responsabilidad de aportar los medios para corroborar dicho objeto, se impone dilucidar mediante qué reglas o principios se valorarán dichas pruebas.

1.2.5. Principios relativos al régimen de los recursos

En materia de recursos la problemática estriba en la necesidad de que la Ley procesal brinde a las partes la posibilidad de impugnar aquellas decisiones que puedan adoptarse tanto en la fase investigativa como durante o con posterioridad al juicio oral, que puedan vulnerar derechos de las partes o violen las formalidades del proceso.

1.2.6. Principios del procedimiento.

Hemos rebasado el análisis de los principios que informan tanto el orden jurisdiccional penal como el proceso, los que están insertados en una dimensión supraestructural del problema, pues tienen una estrecha vinculación a los cánones de organización política de la sociedad, lo que hace que en unas ocasiones informen los derechos fundamentales y en otras son precisamente derivaciones de éstos.

1.3 Análisis del principio de legalidad en su formación.

Hay coincidencia entre los autores en que Feuerbach fue el jurista que le ha dado fundamentación científica al principio de legalidad, o de intervención legalizada, aunque no debemos olvidar que con anterioridad Beccaria, también se refirió al hecho de que solo las leyes pueden establecer penas para los delitos y que esta autoridad solo puede residir en el legislador, y además sostenía que las penas debían ser no sólo públicas, sino también legales, es decir, establecidas por las leyes.

Feuerbach en su "Tratado de Derecho Penal" (*Lehrbuch*), precisó por primera vez, los conceptos de "*nulla poena sine lege*", "*nulla poena sine crimen*" y "*nullum crimen sine poena legali*", que tiene su expresión en las siguientes máximas:

- La existencia de una pena supone una ley penal anterior, "*nulla poena sine lege*".

Es precisamente la amenaza del mal por la ley la que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de aplicar una pena.

- La existencia de una pena está condicionada por la existencia de una acción amenazada, "*nulla pena sine crimine*", pues la pena conminada está ligada por la ley al acto como supuesto jurídicamente necesario.

- El acto legalmente amenazado, el supuesto legal, está condicionado por la pena legal "*nullum crimen sine poena legali*"¹ que exige que la ley debe ser previa al hecho como garantía para la seguridad de los ciudadanos.

Al abordar el tema de los efectos del principio de legalidad o de sujeción a la ley, hay que tener en cuenta lo siguiente:

- La determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante ley (*lex scripta*).
- La ley tiene que determinar la punibilidad (*lex certa*), debiéndose entender por punibilidad el estar un hecho conminado o no con pena, y la medida de ésta; el interprete está sujeto a la determinación (*lex stricta*).
- La determinación ha de realizarse antes del hecho (*lex previa*), la exposición de esta prohibición de retroactividad tiene lugar en relación con la validez temporal.

A manera de síntesis podemos resumir que en nuestros días, el principio de legalidad, como garantía de los ciudadanos ante el poder punitivo del Estado, se afianza en los supuestos siguientes:

No hay delito sin ley previa, escrita y precisa, "garantía criminal".

La pena tiene que estar determinada en la propia ley penal "garantía penal".

La sanción penal solo puede ser ejecutada en virtud de sentencia firme, dictada por el juez o tribunal competente, en un juicio justo y de conformidad con el procedimiento establecido por la ley "garantía jurisdiccional".

Y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y los reglamentos que la desarrollan "garantía de ejecución".

1.4 El principio de Legalidad en las Constituciones de Iberoamérica.

No cabe la menor duda de que el principio de Legalidad, es pilar en el Derecho penal y su consagración en las constituciones y leyes es fundamental a los fines de la búsqueda de un verdadero Estado de Derecho, protector y garantista de los Derechos de los ciudadanos, por lo que, cada sociedad adopta las medidas necesarias para que tengan una adecuada expresión y consagración, aspecto éste que analizaremos en las Constituciones y Leyes de Iberoamérica, a fin de constatar la afirmación antes señalada y en los casos necesarios realizar las valoraciones que consideremos oportunas.

España

¹ Herrera Lucio Eduardo. " El principio de legalidad y la tipicidad". En De las penas. Revista en Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti. Depalma. Buenos Aires. 1997. Pag 284

El principio de legalidad ha sido recogido expresamente en el artículo 25, inciso 1 de la Constitución Española, en criterio de algunos autores es prácticamente el único principio penal que se recoge directamente en el texto constitucional al precisar que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delitos, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Conforme al principio de legalidad, que toma cuerpo en los cuatro primeros artículos del Código Penal Español de 1995, los Jueces y Tribunales quedan sometidos de manera rigurosa al texto de la ley, y lo hace como afirman Diego López Garrido y Mercedes García Arán en sus comentarios, con una importante novedad que aclara dudas provocadas por la regulación anterior: en caso de solicitarse indulto por considerar el juzgador excesiva la respuesta penal, pese a no impedirse la ejecución de la sentencia, ésta podrá ser suspendida para no frustrar la solicitud de indulto, y deberá serlo si se solicita el indulto por la posible vulneración del Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (4.4).

Cuba

De forma similar ha sido refrendado por la Constitución cubana, que postula que: nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que estas establecen y que las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado.²

El Código penal cubano al establecer el principio de legalidad³ de rango constitucional, lo hace de manera mas precisa recogiendo las distintas variantes del mismo quedando redactado en el artículo 2, que postula que solo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la ley, con anterioridad a su comisión (*nullum crimen nullum poena sine lege*) y proscribela imposición de penas que no se encuentran establecidas en ley anterior al acto punible (*nullum poena sine previa lege*).

De igual forma al desarrollar lo relacionado a la aplicación de leyes mas favorables al encausado, en el artículo 3 se establece, que ante la comisión de un delito, la ley aplicable es la vigente en ese momento y solo se aplicará una nueva ley si esta es más favorable al encausado.

² La Constitución Cubana fue aprobada en 1976 mediante referendo popular y proclamada el 24 de febrero de 1976, posteriormente reformada en el año 1992 y en sus artículos 59 y 61, consagra el principio de Legalidad.

³ Véase Código penal cubano en el artículo 2.

La aplicación de la retroactividad más favorable se extiende, no solo a los hechos que serán juzgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, sino también a aquellos en los que existiendo ya una sentencia, la nueva ley declare que el hecho no es delito, extinguiéndose en ese momento la sanción y sus demás efectos, situación que se puede extender una vez firme la sentencia, teniendo también el Tribunal la posibilidad de sustituir la sanción impuesta, por la que corresponda según la nueva ley.

Bolivia

La Constitución Política del Estado, en el Título segundo destinado a las Garantías de las Personas, prevé que la condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso y sólo se aplicaran las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.

Por su parte el Código penal boliviano al desarrollar éste principio señala que nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable, ésta posibilidad al igual que en la cubana, se extiende aún durante el cumplimiento de la condena, con la posibilidad de aplicar la nueva ley, a hechos ya sancionados con anterioridad y cuya sanción se esté ejecutando.

Costa Rica

La Constitución costarricense es amplia en el tema de los Derechos y Garantías Individuales, que se proclaman en su Título IV y de manera particular el artículo 39 recoge que a nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad. El carácter de irretroactividad de la ley queda debidamente plasmado en el artículo 34, donde taxativamente se expresa que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14 también destinado a la protección de las Garantías Individuales, establece que a ninguna

ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, así como, que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En el Código penal de uno los Estados mexicanos, el de Nuevo León, sólo se refiere en materia de principio de Legalidad a la aplicación temporal de la ley penal, impidiendo su aplicación retroactiva, sin embargo, no especifica nada acerca de la necesidad de que los hechos sean juzgados en virtud de leyes anteriores a la comisión del delito.

Nicaragua

La Constitución Política de Nicaragua en una formulación no muy clara del precepto, trata de definir el principio analizado, al establecer en el artículo 33 del Título IV denominado de los Derechos, Deberes y Garantías del pueblo nicaragüense, que nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal.

CAPITULO II EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA LEGISLACION CUBANA.

2.1. La Legislación cubana

No hay normas constitucionales a nuestro juicio que impongan el principio de legalidad; la única limitación o condición para el ejercicio del Poder Penal del Estado aparece en el artículo 59 de nuestra Carta Magna que refrenda "Nadie puede ser encausado ni condenado sino por Tribunal Competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen"⁴. Pero en ningún lugar se expresa que cada vez que se comete un hecho de los que la Ley anterior tipifica como delito, se debe imponer una pena o se debe iniciar un proceso. Además, aún cuando reconoce expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio (Acusación-Juicio-Castigo) no ordena que aquella se produzca en todo caso.

La Ley Procesal Penal (Ley 5/77; con sus modificaciones - Decreto - Ley 87 de 22-7-85 referente al procedimiento de Revisión, el Decreto Ley 128 de 18-6-1, concerniente al Procedimiento en los Tribunales Municipales Populares y del Procedimiento para aplicar medidas de seguridad y el Decreto Ley No. 151 de 10-6-94) pudiese considerarse que recoge el principio de legalidad -sin embargo no lo expresa taxativamente- al preceptuar en su Artículo 1 "Todo delito debe ser probado con independencia"⁵ ... pero no dispone que deberán de iniciarse de oficio todas las acciones penales. Sin embargo puede entenderse que la probanza corresponde a órganos estatales y éstos son los que pueden actuar de oficio; pero es en una interpretación extensiva de la norma.

Por otra parte tanto la Ley de Procedimiento Penal como el Código Penal; reconocen acciones dependientes de la instancia privada (calumnia y la injuria) Artículo 321-1 del Código Penal y de las acciones privadas.

Igualmente existen figuras delictivas en la que para su promoción penal; precisan los requisitos de perseguibilidad o de procedibilidad o la denuncia de la persona agraviada; la que tienen continente en el Código Penal como: Violación, Abuso Lascivo, Incesto, etc. (artículo 309-1 del Código Penal); mas éstos no deben ser confundidos con el Principio de Oportunidad, éste es otra cosa.

⁴ Constitución de la República de Cuba Artículo 59. Nadie puede ser encausado ni condenado sino por Tribunal Competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstas establecen

⁵ Decreto Ley No. 151 de 10 de junio de 1994.

Este principio ecléctico o seudoprincipio de legalidad que se plasma en la Ley cubana y decimos seudo porque no está cabalmente establecido; se afirma más al tipificar el delito de Prevaricación en el artículo 139 del Código Penal; y reprimirse la conducta de los funcionarios públicos que debiendo promover la persecución o sanción de un delincuente no lo hagan. Sin embargo esta idea que parecería llevar a la conclusión de que siempre que exista un delito (concebido como acción típica antijurídica y culpable) corresponderá la aplicación de una pena, encuentra una serie de excepciones -que no siempre son expresiones de criterios de oportunidad, pero que vamos a repasar posteriormente por su similar consecuencia práctica no hay pena, en el sentido judicial de la palabra.

2.2. El principio de legalidad y la pena

El principio de la legalidad ostenta serias y fundadas justificaciones de carácter teórico. No obstante cada uno de ellos recibe una crítica o una relativización desde la misma óptica y contundentes cuestionamientos desde el campo de la realidad.

Se argumenta, principalmente, que para lograr que el orden jurídico penal vulnerado por el delito sea reintegrado hace falta que se imponga la sanción amenazada por la ley como consecuencia de su comisión. Sólo así se apreciará la vigencia del derecho en la realidad.

Esta argumentación se contrarresta diciendo que es una expresión de autoritarismo del sistema penal, en donde no se repara tanto en la protección del bien jurídico correctamente lesionado, sino que se enfatiza en lo que significa como desobediencia. Prueba de ello es la escasa o nula atención que se presta a la víctima, a quien se priva de toda posibilidad de evitar o atemperar el principio de legalidad, aún como modo de proteger sus derechos vulnerados por el delito (salvo los delitos de instancia y acción privada).

También se argumenta en favor de este principio en el sentido de que sólo a través de él se puede lograr (en realidad) cumplir con los fines de la pena. Se responde a ello, señalando que ella es puramente retribucionista y que en muchos casos se puede alcanzar los fines de prevención general y sobre todo de prevención especial sin imponer sanción, y que hoy se piensa que el rol del Derecho Penal en la sociedad no se agota en la idea de la pena, sino en su idoneidad para proporcionar nuevas alternativas para la definición del conflicto penal.

Por otro lado se ha admitido acerca de la ilusión panjudicialista y la inflación del proceso penal, que emerge en estos tiempos a través de la concepción del derecho y del proceso penal como remedios el mismo tiempo exhaustivo y exclusivos de

cualquier infracción del orden social, frente a la ineficacia de los controles y las sanciones no penales.

Otra argumentación a favor del principio de legalidad es que favorece la independencia entre los poderes del ESTADO, porque si la voluntad del legislativo fue sancionar una conducta por ser delictiva, ni el órgano que ejecuta la acción penal (en algunos sistemas depende del Poder Ejecutivo) ni el que tiene que aplicar la sanción, que es el Poder Judicial, pueden evitar estas actividades sin afectar las atribuciones constitucionales del primero o del último (el Poder Judicial no reprime lo que el Poder Legislativo le manda a reprimir, el Poder Judicial se ve impedido de aplicar la pena por decisión negativa del acusador que depende del Poder Ejecutivo).

Este argumento también es relativizado al afirmarse la necesidad de controles entre los Poderes que, por encima de su independencia tiendan a un equilibrio (declaración de inconstitucionalidad de leyes, o decretos por parte de los jueces, Ley de amnistía, decreto de indulto) y a la existencia de casos donde, por distintas circunstancias, algún Poder puede cumplir funciones propias de otro.

Se dice así mismo a favor de la legalidad, que es la forma más perfecta de garantizar, en los hechos el principio de igualdad ante la Ley Penal, siendo la expresión más elocuente en este campo del derecho de la vida que tiene la imagen de la justicia sobre sus ojos.

A esto se contesta; por un lado, que la aplicación general de la ley penal es desigual, porque afecta prioritariamente a los sectores marginales de la sociedad, y en medida decreciente a quienes ostentan una mejor situación económica y social (hay una desigualdad en la práctica). Pero por otro lado se expresa que la igualdad es tal cuando se refiere a quienes están en iguales Circunstancias no es lo mismo la situación del conductor desaprensivo de un vehículo que en estado de semiebriedad atropella a un peatón y le causa la muerte, que la situación del padre de familia que, por una distracción accidental en la conducción de su automóvil, choca y ocasiona la muerte de su hijo que lo va acompañando.

En ambos casos habría homicidio culposo, pero sin duda que frente a la sociedad y frente a la justicia, las valoraciones sobre ambas conductas son diferentes, por las distintas consecuencias que sufren los autores y la atención de esta diferente situación, con diferentes soluciones, no afecta la igualdad.

2.3 La enseñanza de la realidad

Pero el principio de legalidad sufre sus más severas críticas desde la óptica de su aplicación práctica.

La realidad indica que en el mundo no hay sistema judicial que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen ni siquiera a los que él ingresa.

Otra de las frustraciones prácticas del principio de legalidad deriva de la imposibilidad material del aparato judicial para dar tratamiento a todos los delitos que a él sugieran derivada de la desproporción entre el número de éstos y el de órganos públicos encargados de su investigación y juzgamiento. Ello determina, necesariamente la aparición de criterios de selección por priorización de tratamiento (que obedecerá a razones diversas, no siempre racionales) que incluyen desde las causas en donde el acusado está privado de libertad, hasta la necesidad de presentar los informes estadísticos de trabajo excluyendo desde los delitos leves, hasta los difíciles de investigar.

Como la realidad nuestra con contundencia la crisis de vigencia práctica del principio de legalidad y la existencia de un inevitable y extendido fenómeno de selección de casos, cabe preguntarse, ya no solo desde la teoría, sino también desde lo operativo, si no es aconsejable buscar el modo para evitar que la aludida selección se siga haciendo sin criterios, sin responsables, sin control, sin razonabilidad y sobre todo con recepción de los argumentos teóricos que la postulan como conveniente.

La respuesta a tal interrogante proviene de lo que se denomina discrecionalidad u oportunidad.

2.4 . Relación del principio de legalidad y el principio de oportunidad.

El Principio de Oportunidad. Posibilidad que tienen los órganos de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para "perseguir y castigar".

La obligación de "perseguir y castigar" todo delito inherente al principio de legalidad, puede admitir excepciones fundadas en distintas razones en la que se entremezclan lo práctico con lo teórico entre ellos se destaca la necesidad de descongestionar el saturado sistema judicial, permitiendo evitar los irracionales efectos que en la práctica provoca el abarrotamiento de causas, la consecuencia

de canalizar la enorme selectividad intrínseca de la persecución penal, evitando sus desigualdades en contra de los más débiles, la utilidad de evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos cuando esto permita el descubrimiento y sanción de ilícito de mayor gravedad o el desbaratamiento de organizaciones delictivas (arrepentido) o de convenir (bajo ciertas condiciones), la menor extensión de la pena por acuerdo entre el acusador y el acusado, o la priorización de otros intereses sobre el de la aplicación de la pena, sobre todo en delitos de mediana gravedad, autores primarios, o mínima culpabilidad o participación como por Ejemplo: la separación de la víctima (que hoy se plantea como uno de los fines del Derecho Penal) o la resocialización del autor por tratamientos alternativos (suspensión del Juicio o prueba).

CONCLUSIONES:

El principio de legalidad, ha sido consagrado por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y ha trascendido al Derecho Internacional Contemporáneo y a las constituciones nacionales y las leyes penales, adquiriendo una creciente relevancia en la protección internacional de los derechos humanos, como una garantía fundamental, frente al poder punitivo del Estado.

Por muchas de las razones esgrimidas por sus sostenedores, el principio de legalidad debe ser la regla general para la persecución y punición de los delitos de acción pública. Pero atendiendo a muchos de los argumentos de sus críticas sobre sus excesos y defectos deben aceptarse excepciones a dicho principio, fundada en los criterios de oportunidad que hemos mencionado y en las condiciones señaladas. “Tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como sea necesaria”⁶ parece ser la síntesis del pensamiento penal y procesal de estos tiempos.

Para que esta posición traiga las ventajas prácticas que se expresan de ella además de las necesidades reformas legislativas, desde lo operativo habrá que realizar un amplio inventario de todos los recursos humanos materiales afectados a la persecución penal del Estado y luego redistribuirlos con un criterio más racional de modo que su mayor concentración se destine a aquellos delitos cuya investigación, juzgamiento y castigo sea más importante por su gravedad, por la forma organizada de su comisión, por la punición pública que desempeñe el autor, por la peligrosidad evidenciada por éste etc. El resto se asignará a aquellos delitos que son de mediana o mínima gravedad lo que podrán ser tratados mediante alternativas a la Pena. El Legislador Cubano ha iniciado su tránsito por esta etapa.

⁶ Arnel Medina Cuenca,, Profesor titular adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Los principios limitativos del ius puniendi

BIBLIOGRAFIA

- Carbonell Mateu, Juan Carlos. Derecho Penal: concepto y principios constitucionales./ Juan Carlos Carbonell Mateu.—Valencia:Tirant lo blanch,1996.—497 p.
- Cuba. Consejo de Estado. Ley No.5 Ley de procedimiento Penal (actualizada).-- La Habana 2004.--87 p.
- Cuba. Consejo de Estado. Ley No.62. Código Penal Argumentado.-- La Habana, 2004. 352 p.
- Cuba. Constitución de la República .-- La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 2004.--62 p.
- Fernández Bulté, Julio. La pena de muerte en Beccaria y en Carlos Marx./ Julio Fernández Bulté .—La Habana: Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1998.—396 p.
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla./ Dolores Eugenia Fernández Muñoz.—México: Universidad Autónoma de México., 1993.—214 p.
- García Valdés, Carlos. La reforma de la prisión: Historia y Filosofía. Divulgación Jurídica (La Habana) 6 (47). 12 -13, Noviembre de 1998.
- Herrera Lucio, Eduardo. “ El principio de Legalidad y la tipicidad”/ Eduardo Herrera Lucio.-- Buenos Aires: Editorial Desalma, 1997.—34 p..
- Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de Legalidad como tarea inconclusa.-- Buenos Aires. :Editorial Desalma, 1997.—317 p.
- López Betancourt, Eduardo. Nuevas perspectivas del Derecho Penal. / Eduardo López Betancourt.—La Habana:Universidad Nacional Autónoma de México, 1996. –5 p.
- Medina Cuenca, Arnel. Los principios limitativos del ius puniendo/ Arnel Medina Cuenca.—La Habana:Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1998.—[s.p.]

- Pérez Parente, Juan Antonio y Barrada Ferreiros, Alfonso. Las Reglas para la aplicación de las penas en el Código Penal de 1995 y en el Código Penal Militar. Revista Actualidad Penal. (41):7 -9, 1996
- Quirós Pirez, Renén Las modificaciones al Código Penal. Revista Cubana de Derecho (La Habana) 17,(33): 8-9, Abril-junio.. 1988.
- Quirós Pirez, Renén. La Despenalización, Revista Jurídica (La Habana) (10): 9, 1986.